

EL IMPACTO ADVERSO¹

José Balta²

Profesor de Derecho Laboral

Pontificia Universidad Católica del Perú

Master of Professional Studies (Industrial and Labor Relations)

Cornell University

I. INTRODUCCION

Cuando de discriminación en el empleo se trata, el tipo de casos que inmediatamente vienen a la mente son aquellos en los que un empleador trata a un trabajador menos favorablemente que a otro debido a su raza, religión, sexo o cualquier otro motivo legalmente prohibido. En estos casos el empleador simplemente se basa en un motivo prohibido para adoptar una decisión vinculada al empleo de un trabajador. Este tipo de discriminación se denomina tratamiento distinto o diferente y, en palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, "... es el tipo de discriminación mas fácilmente entendible"³.

El típico caso de tratamiento distinto es el que le ocurrió a finales de la década del sesenta a Claudine Cheatwood⁴, quien acusó a South Central Bell Telephone & Telegraph Company de negarse a contratarla para ocupar el puesto de Representante Comercial en Montgomery, Alabama, debido a su sexo. Claudine Cheatwood demostró que ella y otras dos mujeres enviaron oportunamente al empleador sus solicitudes de empleo para ocupar la plaza vacante y que éste se negó de plano a considerar dichas solicitudes por el sólo hecho de provenir de mujeres, sin importarle sus calificaciones indivi-

La discriminación en el empleo no se limita a aquellos casos, fácilmente detectables, en los que un empleador trata a un trabajador menos favorablemente que a otro debido a su raza, religión, sexo o cualquier otro motivo legalmente prohibido; lo que se denomina tratamiento distinto o diferente. Por el contrario, existe una forma de discriminación mucho más difícil de apreciar y de consecuencias más dañinas que las del tratamiento distinto; se trata de lo que la doctrina norteamericana denomina "impacto adverso". El impacto adverso puede ser definido como la utilización de criterios de selección legalmente válidos que, no obstante aplicarse por igual a todas las personas involucradas, afectan adversamente a un grupo protegido mucho más que a otro y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio. En el presente artículo el doctor Balta analiza, con numerosas referencias a la jurisprudencia norteamericana, los criterios que permiten determinar en qué casos nos encontramos ante una situación de impacto adverso, así como las repercusiones de esta institución en el Derecho Laboral.

¹ La gran mayoría de citas en este artículo son traducciones del idioma inglés. Estas traducciones podrían no ser completamente exactas, por lo que pido disculpas anticipadas al lector.

² Agradezco muy especialmente al Sr. Hugo Silva sus valiosos comentarios y sugerencias al presente artículo.

³ International Brotherhood of Teamsters v. United States. 431 U.S. 324 (1977). Todas las Decisiones judiciales que se citan como ejemplos en este artículo, incluyendo esta, provienen de los Estados Unidos de América.

⁴ Cheatwood v. South Central Bell Telephone & Telegraph Company. 303 F.Supp. 754.

duales. La vacante fue finalmente otorgada al único postulante hombre.

A pesar de ser la más común, el tratamiento distinto no es la única forma de discriminación en el empleo. Se encuentra igualmente prohibido el impacto adverso o, como también se le llama, la discriminación indirecta. De hecho, ha llegado a sostenerse que esta forma de discriminación, en apariencia de consecuencias menos graves que el tratamiento diferente, es una de las más dañinas "... prácticas y mecanismos que han promovido ambientes de trabajo racialmente segregados para la desventaja de los ciudadanos que pertenecen a minorías"⁵.

Esta forma de discriminación en el empleo se hizo mundialmente conocida debido a una Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América⁶. En este caso el empleador —Duke Power Co.— exigía a las personas que postulaban a un empleo y a sus trabajadores presentar un diploma y obtener puntajes satisfactorios en dos exámenes de aptitud general para ser contratados o ser transferidos a los puestos de trabajo mejor remunerados, respectivamente. Ninguno de estos criterios de selección tenía por objeto evaluar la capacidad de los postulantes para aprender a ejecutar un trabajo o grupo de trabajos específicos, sino únicamente mejorar de manera general la calidad de la fuerza de trabajo del empleador. En ningún momento se demostró que el empleador hubiera tenido la intención de discriminar a sus trabajadores; por el contrario, se aceptó que el empleador había actuado de buena fé.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que "la ley no sólo prohíbe la discriminación flagrante y abierta sino también aquellas prácticas que son justas en apariencia, pero discriminatorias en su aplicación". El tema clave consiste en determinar cuándo existe una necesidad del negocio. Si no puede demostrarse que una práctica de empleo cuya aplicación excluye a las personas negras está directamente relacionada al desempeño del trabajo, tal práctica se encuentra prohibida". La Corte agregó que "... las buenas intenciones o la ausencia de una intención discriminatoria no justifican los procedimientos de empleo o los exámenes que operan como un *built-in headwinds*⁷ para ciertos grupos minoritarios de personas y que no están relacionados con la medición de la capacidad para el trabajo".

La influencia de esa Decisión ha sido de tal magnitud que hoy en día es casi imposible encontrar una legislación que regule integralmente el problema de la discriminación en el empleo que no incluya el impacto adverso. En los casos en los que la legislación no contiene normas específicas al respecto, se acepta mayoritariamente que una simple prohibición de discriminar comprende a las dos formas en las cuales se manifiesta la discriminación: el tratamiento distinto y el impacto adverso⁸.

Este artículo tiene como propósito familiarizar al lector con los aspectos básicos del modelo teórico del impacto adverso.

⁵ Connecticut v. Teal. 457 U.S. 400 (1982).

⁶ Griggs v. Duke Power Co. 401 U.S. 424 (1971).

⁷ Una barrera u obstáculo que impide o dificulta la progresión normal de algo.

⁸ Ver, por ejemplo, HUNTER, Rosemary. *Australian Iron & Steel Pty Ltd v. Banovic*. *Australian Journal of Labour Law*, volumen 3, mayo 1990, páginas 72-73 ("... los comentarios sobre la mayoría de decisiones judiciales ... sugieren que cualquier prohibición general de discriminación 'por razón de' o 'basada en' la raza, discapacidad, etc. de una persona sería actualmente interpretada como que incluye el concepto de discriminación indirecta, mas que estar confinada al concepto mas familiar de discriminación directa"); SUNDBERG-WEITMAN, Brita. *Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty*. Países Bajos, 1977, página 108 ("El punto de vista general parece ser que bajo la ley internacional una prohibición de discriminación incluye la discriminación indirecta"); y Kay HEILBRONNER, citada en FORBES, Ian y MEAD, Geoffrey. *Measure for Measure*. University of Southampton, 1992, página 41 ("todas las prohibiciones sobre discriminación incluyen el concepto de discriminación indirecta").

La misma conclusión se desprende de las diversas legislaciones que, no obstante limitarse a prohibir en términos generales la discriminación en el empleo, han sido interpretadas—sea por la doctrina, por decisiones judiciales o por reglamentos—como que incluyen ambas formas de discriminación. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo y de la legislación de la Comunidad Económica Europea que prohíbe la discriminación sobre la base de la nacionalidad y el sexo de las personas. En relación a estos casos puede consultarse INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Equality in Employment and Occupation*. Ginebra, 1980, página 22 ("... el Convenio ... cubre toda discriminación ... [incluyendo] la discriminación indirecta o la segregación ocupacional basada en el sexo"); SUNDBERG-WEITMAN, Brita. Obra citada, página 108 ("... el artículo 3 de la Regulación No. 1612/68 ... y la Directiva de 26 de julio de 1971 ... demuestran que el Consejo —al menos en lo que concierne a aquellos artículos del Tratado que implementan la regla de no discriminar en el campo de la libertad de tránsito de las personas— ha adoptado la posición de que la discriminación sobre la base de la nacionalidad incluye al fenómeno de la discriminación indirecta"); BLANPAIN, Roger. *Labour Law and Industrial Relations of the European Community*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1991, página 117, refiriéndose a la discriminación sexual ("La Ley Comunitaria prohíbe la discriminación directa e indirecta ..."); y RODRIGUEZ-PINERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, M^a Fernanda. *Igualdad y Discriminación*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986, página 164, al comentar el artículo 14 de la Constitución Española ("Cuando nuestra Constitución habla de discriminación 'alguna' se está refiriendo a todo tipo ... de discriminación ...").

II. DEFINICION

La definición del impacto adverso es esencialmente la misma en los países en los que la discriminación en el empleo ha sido regulada de manera integral o, en todo caso, es un tema de debate constante (Estados Unidos de América⁹, Irlanda¹⁰, España¹¹, Australia¹² e Inglaterra¹³, por ejemplo): la utilización de criterios de selección legalmente válidos que, no obstante aplicarse por igual a todas las personas involucradas, afectan adversamente a un grupo protegido mucho más que a otro y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio.

Así definido, puede apreciarse que, a diferencia del tratamiento desigual, en el que la prueba de una intención discriminatoria por parte del empleador es absolutamente fundamental, en el impacto adverso ella es prescindible; lo que verdaderamente importa son los efectos y las consecuencias del criterio de selección y no la intención que tuvo el empleador al utilizarlo¹⁴.

El problema que tal circunstancia plantea no es difícil de imaginar: no es sencillo apreciar a primera vista cómo el impacto adverso cae dentro de la definición general de discriminación. Me explico. De acuerdo con la definición mayoritariamente aceptada de discriminación en el empleo, contenida en el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, la discriminación en el empleo es "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"¹⁵.

Es fácil darse cuenta cómo el tratamiento distinto es una forma de discriminación. En este caso todos los elementos de la definición de discriminación -el acto discriminatorio, el resultado adverso y la relación causal (el motivo prohibido) entre ambos- se encuentran claramente presentes en la definición del tratamiento distinto. No puede decirse con igual facilidad lo mismo del impacto adverso, don-

⁹ En *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que el impacto adverso involucra "... a las prácticas de empleo que son facialmente neutras en su tratamiento de diferentes grupos pero que en la práctica afectan más duramente a un grupo que a otro y que no pueden ser justificadas por las necesidades del negocio".

La Sección 2000e-2(k)(1)(A)(i) de la Ley de Derechos Civiles, de la forma como fue modificada en 1991, establece que existe impacto adverso cuando se demuestra "... que el ... [empleador] ... utiliza una práctica de empleo específica que causa un impacto dispar en base a la raza, color, religión, sexo u origen nacional y el ... [empleador] ... falla en demostrar que la práctica que se impugna está vinculada al trabajo para el puesto en cuestión y es consistente con las necesidades del negocio".

¹⁰ En la *Employment Equality Act*, tal como es citada en FORDE, Michael. *Employment Law*. The Round Hall Press, Dublin, 1992, página 432, se señala que "... se considerará que existe discriminación en cualquiera de los siguientes casos ... (c) cuando debido a su sexo ... se obliga a una persona a cumplir con un requerimiento relativo al empleo ... que no es un requerimiento esencial para tal empleo ... y respecto del cual la proporción de personas del otro sexo ... capaces de cumplir con tal requerimiento es sustancialmente más elevada".

¹¹ Comentando el artículo 14 de la Constitución Española, RODRIGUEZ PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ sostienen que "... en la prohibición de discriminación junto a la discriminación directa ... se admite también la llamada indirecta ..., en la que sobre la base de elección caprichosa de otros criterios de distinción aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio. En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etc., sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y, por ello, en el grupo al que pertenezca ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el "disparate impact" o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo". RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Obra citada, páginas 163-164.

¹² En la *Anti-Discrimination Act*, tal como se le explica en CLARK, Robert. *Private Sector Employment: The Law of Dismissal*. The University of South Wales, Kensington, 1983, página 109, se señala que "una persona discrimina contra otra sobre la base de su género si requiere que ella cumpla con un requerimiento o condición (a) con la que una proporción sustancialmente mas elevada del tipo comparativo cumple o es capaz de cumplir; (b) que no es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso; y (c) con la que la persona no cumple o no es capaz de cumplir".

¹³ En la *Race Relations Act*, tal como es citada en FORBES, Ian y MEAD, Geoffrey. Obra citada, página 21, se sostiene que existe discriminación indirecta cuando el empleador "... aplica ... [a una persona] ... un requerimiento o condición que aplica o aplicaría igualmente a personas que no son de ese mismo grupo racial pero (i) que es tal que la proporción de personas del grupo racial al que pertenece la persona que no puede cumplir con él es considerablemente más pequeña que la proporción de personas que son del grupo racial que puede cumplir con él; y (ii) que no puede demostrar que se justifica por otras consideraciones distintas del color, raza, nacionalidad u orígenes étnicos o nacionales de la persona a la que se le aplica; y (iii) que va en perjuicio de dicha persona porque no puede cumplir con él".

¹⁴ Al respecto puede verse, por ejemplo, *International Brotherhood of Teamsters v. United States*, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que "la prueba del motivo discriminatorio ... no es requerida bajo la teoría del ... impacto adverso". También puede consultarse VON PRONDZYNSKI, Ferdinand. *Employment Law in Ireland*. Sweet and Maxwell, Londres, 1989, página 101, quien señala que "no es relevante si el empleador impuso realmente la condición con la intención de discriminar ...".

¹⁵ Para un análisis de esta definición puede consultarse BALTA, José. Qué es la Discriminación en el Empleo. Revista Jurídica del Perú, año XLV No. 1, Lima, páginas 91-96.

de es necesario efectuar un análisis más complicado para llegar a tal conclusión. Si bien identificar el acto discriminatorio y su resultado no es usualmente difícil, no sucede lo mismo con la relación causal (el motivo prohibido).

Veamos el siguiente ejemplo¹⁶. Un empleador -Missouri Pacific Railroad Company (MoPac)- tenía como política negarse a contratar a toda persona declarada culpable de cualquier crimen, con excepción de aquellas que hubieran cometido faltas menores a las leyes de tránsito. Al solicitar un empleo con MoPac, un postulante de raza negra -Buck Green- se vió obligado a revelar que había sido condenado por haberse rehusado a hacer el servicio militar obligatorio como consecuencia de una objeción de conciencia. Luego de revisar su solicitud de empleo, los funcionarios de MoPac informaron a Green que no estaba calificado para obtener un empleo debido a sus antecedentes penales.

Green demandó a MoPac sosteniendo que la mencionada política violaba el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, debido a que (a) ella descalificaba del empleo a las personas de raza negra en una proporción sustancialmente mayor a la de las personas de raza blanca y (b) no estaba justificada por las necesidades del negocio. Green probó que era de 2.2 a 6.7 veces más probable que una persona de raza negra fuera declarada culpable de un crimen durante su vida que una persona de raza blanca. Más aún, utilizando los expedientes personales de los postulantes que obraban en poder de MoPac, Green probó que la política adoptada por el empleador operaba de un modo tal que excluía del empleo a 53 de cada 1,000 postulantes de raza negra, pero sólo a 22 de 1,000 postulantes de raza blanca.

En este ejemplo se asume que algunas personas de raza negra estaban calificadas para el puesto a pesar del criterio de selección adoptado por MoPac, mientras que algunas personas de raza blanca no estaban calificadas como consecuencia de dicho criterio. En otras palabras, el criterio de selección utilizado no calificaba automáticamente a todas las personas de raza blanca ni descalificaba automáticamente a todas las personas de raza negra. Si ello es así, entonces, ¿cómo pudo Green sostener que fue **en base a** su raza que fue descalificado para desempeñar el puesto de trabajo?

Aunque la respuesta a este problema es variada y bastante compleja, existe cierta tendencia a recurrir a lo que se ha llamado la "causalidad asociativa": "... si un criterio de selección excluye a más negros que blancos en el mercado de trabajo relevante, se considera que la raza es la causa de la disparidad. La asociación se convierte en causalidad"¹⁷. En otras palabras, se sostiene que la relación entre el criterio de selección y el resultado obtenido es de tal naturaleza que resulta apremiante reconocer que él se produjo **en base a** uno de los motivos legalmente prohibidos.

De acuerdo con el modelo teórico del impacto adverso, pues, y pese a que MoPac no tenía intención de discriminar a las personas de raza negra, la utilización del criterio de selección en ese caso es ilegal porque (1) descalifica para el puesto a una proporción de personas de raza negra mucho mayor que la proporción de personas de raza blanca descalificadas por ese mismo criterio de selección y (2) las necesidades del negocio no exigen que los trabajadores no tengan antecedentes penales.

III. LOS CRITERIOS DE SELECCION SUJETOS AL MODELO DEL IMPACTO ADVERSO

El impacto adverso cubre todo criterio de selección, siempre que se aplique por igual a todas las personas con prescindencia de su raza, sexo, etc. Si el criterio de selección se aplicara sólo a un grupo protegido no estaríamos ante un supuesto de impacto adverso sino de tratamiento distinto, toda vez que en tal caso el empleador, al aplicar de esa manera dicho criterio, forzosamente estaría distinguiendo a sus trabajadores en función de uno de los motivos legalmente prohibidos.

En la práctica, el impacto adverso se ha aplicado a las características físicas de las personas, récords criminales, exámenes de aptitud e inteligencia y requisitos de experiencia y educación, entre otros. Veamos algunos ejemplos.

En **Gregory v. Litton Systems**¹⁸ se determinó que había discriminación en la contratación como consecuencia del requisito impuesto por el empleador en el sentido de que los postulantes no tuvieran arrestos previos. En este caso, se utilizaron estadísticas nacionales que demostraban que el porcentaje

¹⁶ Green v. Missouri Pacific Railroad Company. 523 F.2d 1290 (8th Cir. 1975).

¹⁷ GOLD, Michael. *Griggs' Folly: An Essay on the Theory, Problems, and Origin of the Adverse Impact Definition of Employment Discrimination and a Recommendation for Reform*. Industrial Relations Law Review, volumen 7, 1985, página 512.

¹⁸ Gregory v. Litton Systems. 316 F. Supp. 401 (C.D. Cal. 1970).

de arrestos de la población de raza negra era desproporcionadamente elevado en comparación con el porcentaje de arrestos de la población de raza blanca. En *Johnson v. Pike Corp.*¹⁹ se estableció que era discriminatoria la política del empleador de negarse a contratar o emplear trabajadores cuyas remuneraciones fueran objeto de retenciones judiciales. En este caso, se utilizaron estudios generales que indicaban que las remuneraciones percibidas por la población de raza negra eran retenidas en una proporción desproporcionadamente alta en comparación con las remuneraciones de la población de raza blanca. Finalmente, en *New York City Transit Authority v. Beazer*²⁰ se discutió una regla impuesta por el empleador que denegaba empleo a aquellas personas que habían consumido metadona y que participaban en programas de rehabilitación, incluyendo a aquellos que habían completado exitosamente el programa de rehabilitación. En este caso se alegó que un elevado porcentaje de las personas que participaban en esos programas en la ciudad de Nueva York eran de raza negra e hispanos. Si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos de América no confirmó la sentencia que declaraba fundada la demanda, ello se debió a motivos distintos a la propia consideración de la regla como sujeta al modelo del impacto adverso.

El tema clave, en todo caso, consiste en identificar con precisión el criterio de selección y demostrar la relación causal existente entre él y el resultado obtenido. No es suficiente demostrar la existencia de una fuerza de trabajo racial o sexualmente desbalanceada, toda vez que ello puede ser producto de factores legítimos. Es indispensable demostrar que el desbalance tiene su origen en **-se basa en-** un específico y determinado criterio de selección.

IV. LA MAGNITUD DEL IMPACTO

Se acepta unánimemente que el impacto generado por un criterio de selección debe ser de una magnitud significativa para estar prohibido. Así, por ejemplo, un examen de aptitud que excluya del empleo al 37% de los hombres y al 36% de las mujeres no será considerado discriminatorio porque no afecta mucho más a un grupo que a otro.

La cuestión consiste, entonces, en determinar cuándo los resultados de un criterio de selección son lo suficientemente desproporcionados como para constituir una discriminación prohibida. La respuesta a esta pregunta nuevamente es variada y difícil de contestar.

Se ha visto al presentar las distintas definiciones legales del impacto adverso que en Irlanda y Australia se habla de “proporciones sustancialmente más elevadas”, mientras que en Inglaterra se habla de “proporciones considerablemente más pequeñas”. En los Estados Unidos de América se hace referencia a una práctica que “afecta más duramente a un grupo que a otro”.

Todas esas frases y expresiones son lo suficientemente generales como para permitir a las Cortes ejercer un amplio criterio al momento de determinar cuándo existe un impacto adverso. No obstante, las Cortes no han establecido criterios generales precisos para distinguir un impacto significativo de uno que no lo es; hasta ahora ellas han decidido caso por caso.

Probablemente la única excepción -si así puede llamarse- son los Estados Unidos de América. La *Equal Employment Opportunity Commission* --máxima autoridad administrativa en materia de discriminación en el empleo- expidió unas regulaciones no obligatorias para las Cortes estableciendo la denominada “regla de los cuatro quintos”. (La sección 4(d) de las *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures (1978)* define esta regla de la siguiente manera: “una tasa de selección para cualquier raza, sexo, o grupo étnico que sea menor a los cuatro quintos (4/5) (u ochenta por ciento) de la tasa de selección del grupo con la más alta tasa de selección será generalmente considerada ... como prueba de un impacto adverso”, mientras que una diferencia mayor a los cuatro quintos generalmente no será considerada ... como prueba de un impacto adverso”.

En *Griggs v. Duke Power Co.*, por ejemplo, los criterios de selección utilizados por el empleador descalificaban al 34% de la población de raza negra pero sólo al 12% de la población de raza blanca. Aplicando la regla de los cuatro quintos, se tiene que la tasa de selección de la población de raza negra hubiera tenido que ser cuando menos de 27.2% (34% x 4/5) para no determinarse la existencia de un impacto adverso.

Puede percibirse, sin embargo, una tendencia a dejar en manos de las estadísticas la tarea de determinar cuándo un impacto adverso es suficientemente significativo²¹. De aceptarse este criterio, existirá un impacto adverso suficientemente significativo cuando se compruebe una diferencia estadísticamente relevante entre los índices de éxito de

¹⁹ *Johnson v. Pike Corp.* 332 F. Supp. 490 (C.D. Cal. 1971).

²⁰ *New York City Transit Authority v. Beazer*. 440 U.S. 568 (1979).

²¹ Ver, por ejemplo, CLARK, Robert. Obra citada, página 113 (“[un impacto sustancialmente desproporcionado] ... usualmente supone

los distintos grupos que compiten por una oportunidad en el empleo.

Normalmente se ha recurrido en estos casos a la técnica de la “desviación estandar”, que pretende determinar “... si la diferencia entre las tasas de selección obtenidas y el resultado esperado de esas mismas tasas de selección puede ser atribuida a la casualidad o a la selección al azar. Si la casualidad es eliminada como una hipótesis para la tasa de selección más baja de una clase, es permisible asumir que la práctica está afectando las oportunidades de empleo de esa clase”²².

V. EN QUIEN DEBE PRODUCIRSE EL IMPACTO

Es particularmente importante determinar el universo respecto del cual debe establecerse la desproporción que genera la utilización de un criterio de selección, pues sólo de esta manera puede medirse su magnitud.

Este tema se ha reducido usualmente a determinar “... si las poblaciones raciales protegidas ... vistas en su conjunto (la población de postulantes potenciales o empleados) deben ser afectadas de manera desproporcionada por la regla o práctica que se impugna o si el grupo de empleados o postulantes para un empleo realmente afectados por la regla o práctica impugnada es la unidad apropiada para hacer esta determinación”²³.

Esta distinción puede ser vista con mayor facilidad recurriendo a los hechos expuestos en **Dothard v. Rawlinson**²⁴. En este caso el Estado de Alabama tenía diversas prisiones, cuatro de las cuales -donde sólo habían presos hombres- eran de máxima seguridad. Dianne Rawlinson solicitó empleo como guardia de prisión al Consejo Correccional de Alabama para trabajar en una de esas cuatro prisiones. Al momento de postular al empleo, Rawlinson era una mujer de 22 años con una especialización en psicología correccional. Ella fue rechazada del em-

pleo porque no pudo cumplir con los requisitos de tener un peso y una estatura mínimos. Rawlinson -a título individual y en representación de otras mujeres que se encontraban en la misma situación- demandó al Consejo Correccional de Alabama mencionando que los requisitos de tener un peso y una estatura mínimos contravenían las leyes que prohíben la discriminación en el empleo.

La Corte dió la razón a la demandante, basando su decisión en información obtenida de un censo nacional que indicaba que ambos requisitos combinados descalificaban al 41.13% de las mujeres y a menos del 1% de los hombres de los Estados Unidos de América. La Corte consideró que, no existiendo razón alguna para suponer que las características físicas de la población de Alabama fueran sustancialmente distintas de aquellas de la población en general, resultaba pertinente utilizar esas cifras nacionales. Más aún, la Corte agregó que no se requería que la demandante demostrara los efectos del criterio de selección respecto de los postulantes al empleo, teniendo en cuenta que el proceso de selección de candidatos podría no reflejar adecuadamente el número potencial de postulantes a un empleo (desde que mucha gente podía sentirse desanimada para postular al puesto debido a que se auto-reconocen incapaces de cumplir precisamente con los requisitos discriminatorios exigidos).

Hubo, sin embargo, un voto en discordia en el que se señaló que no era válido utilizar esa información estadística general, sino únicamente información vinculada a cuál fue el efecto real de esos criterios de selección en aquellas personas que efectivamente postularon al empleo.

Ambas posiciones marcan, en términos generales, las dos teorías más importantes que existen para determinar cuál es el universo relevante a los efectos de establecer si un determinado criterio de selección afectó de manera desproporcionadamente adversa a uno de los grupos protegidos.

demostrar que la diferencia entre los grupos mayoritarios y minoritarios no sólo es sustancial sino estadísticamente significativa”); FORDE, Michael. Obra citada, página 146 (“no se especifica en la Ley exactamente qué proporción de hombres o mujeres no debe poder satisfacer un cierto requisito que se impugna - si 90%, 80%, 75% o cuál. Se ha decidido que este tema en particular ... supondría el uso de estadísticas”); y SULLIVAN, Charles; ZIMMER, Charles y RICHARDS, Richard. *Special Release on the Civil Rights Act of 1991. Employment Discrimination*. Little, Brown and Company, 1992, página 172 (“... demostrar el impacto racial o sexual desproporcionado depende de estadísticas que lleven a la convicción que la barrera específica al empleo opera en desventaja sustancial de las mujeres o minorías a las que probablemente se le impondrán. La Corte Suprema típicamente ha hecho esa evaluación de las estadísticas “al ojo”, comparándolas con el impacto encontrado desproporcionado en el caso Griggs”).

²² PLAYER, Mack. *Federal Law of Employment Discrimination*. West Publishing Co., 1992, página 91.

²³ COX, Paul. *Employment Discrimination*. Butterworth Legal Publishers, 1991, página 7-8.

²⁴ *Dothard v. Rawlinson*. 433 U.S. 321 (1977). Este caso también involucra un supuesto de tratamiento distinto. Para los propósitos de este artículo, sin embargo, este aspecto del caso ha sido obviado.

La primera teoría ha sido denominada *applicant pool* y sostiene que el impacto adverso debe determinarse utilizando como base el universo de todas las personas interesadas y calificadas para el puesto, hayan o no postulado. La segunda teoría ha sido denominada *applicant flow* y sostiene que debe establecerse el impacto adverso utilizando como referencia el universo de personas que realmente postuló a un determinado puesto.

Ambas teorías, a fin de cuentas, únicamente pretenden establecer la mejor manera de determinar el impacto de un criterio de selección en el grupo protegido. Teniendo en cuenta que es imposible determinar dicho impacto en el grupo protegido propiamente dicho, ello tiene que hacerse en función de una cierta “muestra” del grupo protegido. La población general -imposible de establecer con precisión matemática- o el universo de postulantes son, al fin y al cabo, “muestras” del grupo protegido. En esa medida, el tema consiste en determinar cuál de las “muestras” utilizadas es la más representativa.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América no descartó ninguna de estas teorías. Sin embargo, mostró una gran preferencia por la teoría del *applicant pool*, dejando abierta la posibilidad de utilizar la otra teoría en los casos en los que no exista información estadística disponible sobre la composición del mercado de trabajo. Es usual actualmente que los demandantes presenten, cuando estén a su alcance, estadísticas demostrando el impacto adverso de un determinado criterio de selección en ambos universos²⁵.

VI. LAS NECESIDADES DEL NEGOCIO

Como parte esencial de la definición de impacto adverso, se encuentra el que la utilización del crite-

rio de selección que causa el impacto desproporcionado no debe encontrarse justificada por las necesidades del negocio. En el fondo, pues, el impacto adverso no es más que una prohibición a las consecuencias desproporcionadas de un determinado criterio de selección que no se encuentra suficientemente justificado. La pregunta, entonces, es en qué casos es aceptable que una práctica tenga un impacto adverso en un grupo protegido.

La respuesta, como en los casos anteriores, siempre varía. En Irlanda se habla de un “requerimiento esencial”,²⁶ en Australia de “que no es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso”,²⁷ en la Comunidad Económica Europea de “factores objetivamente justificados que no se vinculan a cualquier discriminación basada en el sexo”,²⁸ en Inglaterra de “que se justifica por otras consideraciones distintas del color, raza ... de la persona a la que [el requisito o condición] ... se le aplica”²⁹ y en los Estados Unidos de América de que el requisito debe estar “vinculado al trabajo para el puesto en cuestión y ... [ser] ... consistente con las necesidades del negocio”³⁰.

Los criterios, pues, son variados y van desde lo que es razonable hasta lo que es esencial. Sin embargo, existe cierta tendencia a considerar que el criterio más adecuado es el de lo esencial y que el empleador no puede argüir en su defensa motivos que, cuando menos, no sirvan de manera significativa a sus legítimos propósitos empresariales. En ese sentido, por ejemplo, un empleador no podría justificar bajo este estándar la utilización de un examen de gramática que se toma a personas que desean ocupar el puesto de bombero, cuando ese examen excluye desproporcionadamente a personas de una raza en relación con otra. Aun cuando el empleador puede tener un cierto interés en que sus trabajadores sean capaces de escribir correcta-

²⁵ Esto fue precisamente lo que hizo Buck Green, por ejemplo, cuando demandó a MoPac. De acuerdo con lo que se mencionó en el capítulo II, de este artículo, Green probó que era de 2.2 a 6.7 veces más probable que una persona de raza negra fuera declarada culpable de un crimen durante su vida que una persona de raza blanca (*applicant pool*) y que la política adoptada por MoPac operaba de un modo tal que excluía del empleo a 53 de cada 1,000 postulantes de raza negra, pero sólo a 22 de cada 1,000 postulantes de raza blanca (*applicant flow*).

²⁶ Ver FORDE, Michael. Obra citada, página 145.

²⁷ Ver CLARK, Robert. Obra citada, página 113.

²⁸ Ver ELLIS, Evelyn. *European Community Sex Equality Law*. Clarendon Press, Oxford, 1991, páginas 77-78. De acuerdo con esta autora, este criterio implica que el empleador “... debe demostrar una genuina necesidad de la empresa para usar el factor discriminatorio, que el medio elegido es adecuado para obtener el objetivo y, mas estrictamente, que el medio elegido es ‘necesario’ para lograr el objetivo”.

²⁹ Ver *Race Discrimination. IDS Employment Law Handbook 48*, Incomes Data Services Ltd., Londres, 1990, página 25.

³⁰ Sección 703(K)(1)(A)(i) de la Ley de Derechos Civiles de 1964. De acuerdo con SULLIVAN, ZIMMER y RICHARDS, obra citada, páginas 23-24, el estar “vinculado al trabajo es la justificación más estrecha, estando confinada a demostrar que el desempeño del empleado en el trabajo es afectado; las necesidades del negocio es algo más amplio en el sentido de que podría tomar en cuenta factores no directamente vinculados al desempeño del empleado en un particular puesto”. En ese sentido, el concepto de “vinculado al trabajo” supone la existencia de una relación significativa con el desempeño exitoso del trabajador en un determinado puesto; se requeriría que la habilidad, destreza o rasgo necesario para el trabajo sean adecuadamente medidos por el criterio de selección. A su vez, el concepto de “las necesidades del negocio” se refiere a la operación segura y eficiente del mismo y no al puesto en concreto.

mente (por ejemplo, los bomberos podrían estar obligados a escribir reportes e informes como parte de sus funciones), tal interés no es de la magnitud necesaria como para justificar la utilización de ese examen, cuando el mismo tiene un impacto adverso en un grupo protegido.

Normalmente es el sentido común el que se utiliza para determinar cuándo un cierto criterio de selección se encuentra justificado por las necesidades del negocio. En **Green v. Missouri Pacific Railroad Company**, por ejemplo, el empleador alegó diversas razones para demostrar que su política constituye una necesidad del negocio: (1) temor al robo, (2) manejo de los fondos de la compañía, (3) necesidad de contar con personas de garantía, (4) posible impedimento de un empleado como testigo, (5) posible responsabilidad por contratar personas de conocidas tendencias violentas, (6) desorden en el centro de trabajo causado por la reincidencia en la comisión de crímenes y (7) una alegada falta de calidad moral de las personas que han cometido delitos.

No obstante esas razones, el propio perito de MoPac, Dr. Robert N. McMurry, un psicólogo industrial, testificó que no todo ex-criminal necesariamente sería un mal empleado y que sería preferible para una compañía evaluar a los criminales individualmente. La Corte sostuvo que “si bien las razones alegadas por MoPac para justificar su política pueden servir como consideraciones relevantes para efectuar decisiones de contratación individuales, no justifican una política tan absoluta, amplia y general”. La Corte agregó que no podía “... concebir ninguna necesidad del negocio que automáticamente coloque a todo individuo declarado culpable de un crimen, con excepción de faltas menores a las leyes de tráfico, en las filas permanentes de los desempleados”.

En algunos casos, sin embargo, se requiere de métodos mucho más complejos y costosos. Estos casos usualmente están vinculados a los exámenes de inteligencia y aptitud, en los que el sentido común no siempre es de gran ayuda. Cuando ello es así, se ha recurrido a la psicología industrial para determinar si las necesidades del negocio justifican la utilización del criterio de selección que tiene un impacto adverso.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El tema del impacto adverso ha sido -y continúa siendo- uno de los temas más polémicos en materia de discriminación en el empleo. No son pocos los que lo han criticado duramente en más de una oportunidad. Las críticas han ido desde las estrictas limitaciones que se imponen a un empleador a la manera de conducir un negocio hasta los costos -generalmente elevados- que éste debe asumir para justificar la utilización de un determinado criterio de selección, pasando por la consideración de que el impacto adverso no tiene otro efecto que la creación de “cuotas” contrarias al espíritu que precisamente impulsó la promulgación de leyes prohibiendo la discriminación en el empleo.

Otros, a su vez, se han ocupado de justificar y defender la existencia de esta forma de discriminación. Se ha sostenido, por ejemplo, que mejoraría la producción y la productividad si la elección de los trabajadores se hiciera en base a factores que realmente predican el éxito en el trabajo; que este modelo sirve para asegurar la distribución equitativa y proporcional de los recursos económicos entre los diversos grupos existentes; y, finalmente, que el modelo sirve para evitar la utilización de aquellos criterios de selección que operan para mantener en el presente la discriminación a la que tradicionalmente han estado sujetos ciertos grupos³¹.

Al margen de la posición que cada uno tenga sobre el tema, considero que sobran las razones para estudiar y discutir en el Perú el tema de la discriminación en el empleo y, particularmente, el tema del impacto adverso. Es cierto que en un país donde se discrimina impunemente de manera diaria, donde los avisos de empleo que aparecen en los periódicos más importantes están plagados de referencias injustificadas al sexo y la raza de las personas y donde incluso el propio Ministerio de Trabajo -encargado de formular y establecer la política de empleo, evaluando y supervisando su cumplimiento- publica periódicamente en el diario oficial El Peruano listas de empleos para damas y varones³², el tema del impacto adverso parece lejano y extraño.

Sin embargo, creo que son precisamente esas circunstancias las que imponen la necesidad de tener un especial interés por el tema.

³¹ Ver GOLD, Michael. Obra citada, página 587, y COX, Paul. Obra citada, páginas 7-1 y 7-2.

³² Ver, por ejemplo, la lista publicada por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en el diario oficial El Peruano el día lunes 2 de setiembre de 1996 (página B-10). Esta lista es representativa de aquellas que frecuentemente publica dicho Ministerio.